Agnieszka Sobiech

DZIAŁALNOŚĆ GOSPODARCZA PODMIOTÓW ZAGRANICZNYCH

1. Uwagi wprowadzające

Działalność gospodarcza podmiotów zagranicznych może być poddana odrębnym zasadom aniżeli działalność polskich przedsiębiorców albo może być prowadzona na podstawie tych samych regulacji, jakie prawo wewnętrzne przewiduje dla podmiotów krajowych (zasada asymilacji)[1]. W ostatnich latach jesteśmy świadkami ewolucji przepisów dotyczących podmiotów zagranicznych. Warto zatem prześledzić zmiany, jakie zostały dokonane w regulacjach poświęconych zagranicznym przedsiębiorcom i zastanowić się, jaki rodzaj regulacji występuje w naszym ustawodawstwie[2]. W przedstawionych poniżej rozważaniach pominięta została problematyka podatkowa związana z działalnością podmiotów zagranicznych.

Po drugiej wojnie światowej nastąpiła izolacja Polski i w związku z tym inwestowanie przez podmioty zagraniczne było zjawiskiem bardzo ograniczanym. Pomimo to do lat 70. obowiązywały w tej dziedzinie wyłącznie uregulowania przedwojenne – rozporządzenie Rady Ministrów z 20 grudnia 1928 roku w sprawie warunków dopuszczenia zagranicznych spółek akcyjnych i komandytowo-akcyjnych do działalności na obszarze RP[3] oraz rozporządzenie Rady Ministrów z 28 marca 1934 roku dotyczące warunków dopuszczenia do działalności na obszarze RP zagranicznych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością[4]. Zgodnie

---

[1] S. Sołtysiński, w: Sołtysiński, Szajkowski, Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Warszawa 1994, t. I, s. 177. Postanowienie SN z 28.IV.1997 r. (IICKN 133/97) „Prawo Gospodarcze" 1997 nr 9, s. 21.

[2] Zob. B. Popowska, *Ewolucja prawa o inwestycjach zagranicznych*, RPEiS 1993, z. 1, ss. 73-84.

[3] DzU nr 103, poz. 919, sprost.: DzU z 1929 r. nr 4, poz. 43, zm: DzU 1976 nr 11, poz.63.

[4] DzU z 1934 r. nr 31, poz.281, zm. wynik. z DzU z 1976 r. nr 11, poz. 63.

z tymi aktami warunkiem dopuszczenia tych spółek do działalności w Polsce było uzyskanie zezwolenia ministra przemysłu i handlu. Rozporządzenia te nie zostały do dzisiaj uchylone.

Dopiero w latach 70. wydano akty prawne, które regulowały sytuację podmiotów zagranicznych. W roku 1976 Rada Ministrów uchwaliła dwa rozporządzenia – pierwsze z 6 lutego i w sprawie warunków, trybu i organów właściwych do wydawania zagranicznym osobom prawnym i fizycznym uprawnień do tworzenia przedstawicielstw na terytorium PRL dla wykonywania działalności gospodarczej[5], drugie zostało uchwalone 14 maja i dotyczyło wydawania zagranicznym osobom prawnym i fizycznym zezwoleń na prowadzenie niektórych rodzajów działalności gospodarczej. Podczas gdy drugie rozporządzenie uchylone zostało przez ustawę z roku 1982[6], pierwszy akt obowiązuje do dzisiaj. Na podstawie tego rozporządzenia zagraniczna osoba prawna lub fizyczna może samodzielnie bądź z polskimi przedsiębiorcami utworzyć przedstawicielstwo w celu prowadzenia działalności gospodarczej w sferze handlu zagranicznego, transportu, usług turystycznych i kulturalnych z wyłączeniem spedycji i dystrybucji paczek. Przedstawicielstwo może być utworzone przez zagraniczną osobę fizyczną lub prawną w formie: oddziału, agencji, biura informacji technicznej albo biura nadzoru. Warunkiem podjęcia działalności w tej formie jest uzyskanie zezwolenia ministra handlu zagranicznego i gospodarki morskiej albo innego właściwego ministra w porozumieniu z ministrem handlu zagranicznego oraz ministra finansów.

Kolejnym aktem prawnym dotyczącym działalności gospodarczej z udziałem podmiotów zagranicznych jest ustawa z 6 lipca 1982 roku o zasadach prowadzenia na terytorium PRL działalności w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne[7]. Na podstawie tej ustawy osoby prawne mające siedzibę za granicą, obywatele państw obcych, obywatele polscy mający stałe miejsce zamieszkania za granicą oraz utworzone przez te osoby spółki z siedzibą w Polsce z wyłącznym ich udziałem mogły prowadzić na terytorium PRL działalność gospodarczą w zakresie drobnej wytwórczości, a polegającą na produkcji wyrobów i świadczeniu usług, obrocie towarowym oraz eksporcie własnej produkcji i usług oraz imporcie dla potrzeb tej produkcji i usług. Obecnie nie jest możliwe tworzenie nowych przedsiębiorstw na podstawie tego aktu, gdyż zgodnie z ustawą z roku 1988[8] podmioty prowadzące działalność na pod-

[5] DzU nr 11, poz.63, DzU z 1984 r., nr 26, poz.133.

[6] Por. przypis 5.

[7] Tekst jednolity: DzU z 1989 r. nr 27, poz. 148; zm.: DzU nr 74, poz. 442; DzU z 1991 r. nr 60, poz. 253; DzU z 1991 r. nr 111, poz. 480; DzU z 1994 r. nr 121, poz. 591; DzU z 1995 r. nr 141, poz. 692

[8] Por. przypis 8.

stawie o ustawę z roku 1982 mogły przekształcić w spółki z udziałem kapitału zagranicznego lub działać nadal do momentu wygaśnięcia zezwolenia. Przedsiębiorstwa te działają na podstawie zezwoleń wydanych na okres do 20 lub 40 lat, jeżeli uzasadnione to było okresem amortyzacji inwestycji. Organem kompetentnym do wydawania zezwoleń był terenowy organ administracji państwowej stopnia wojewódzkiego.

Następnym aktem, którego celem było przygotowanie kompleksowej regulacji prawnej działalności w naszym kraju inwestorów zagranicznych i który miał przyczynić się do napływu kapitału zagranicznego, była ustawa z 23 kwietnia 1986 roku o spółkach z udziałem zagranicznym[9].

23 grudnia1988 roku zostały uchwalone dwie ustawy, które miały stać się konstytucją polskiej gospodarki. Były to ustawa o działalności gospodarczej oraz ustawa o działalności gospodarczej z udziałem podmiotów zagranicznych[10]. Ta ostatnia ustawa nie różniła się zasadniczo od swej poprzedniczki obszarem regulacji, utrzymywała koncesyjny system dopuszczania podmiotów zagranicznych do prowadzenia działalności w Polsce, nie zmieniła katalogu form prawnych prowadzenia działalności w Polsce.

Zaledwie trzy lata później – 14 czerwca 1991 roku – ustawodawca uchwalił nową ustawę o spółkach z udziałem zagranicznym[11], która obowiązuje do dnia dzisiejszego. Treść ustawy ulegała pewnym modyfikacjom – największe wprowadzone zostały nowelą z roku 1996[12]. Ustawa ta utrzymała dualizm regulacji działalności gospodarczej podmiotów polskich i zagranicznych, ale jako pierwsza pozwalała na swobodne prowadzenie działalności gospodarczej przez podmioty zagraniczne.

Do regulacji dotyczącej działalności podmiotów zagranicznych bardzo duże zmiany wprowadza Układ o Stowarzyszeniu między Polską a Wspólnotami Europejskimi z 16 grudnia 1991 roku[13], który wszedł w życie 1 lutego 1994 roku Układ przewiduje stopniowe otwieranie się rynku polskiego na konkurencję podmiotów pochodzących z Unii, zasady niedyskryminacji i równego traktowania oraz wolności zakładania przedsiębiorstw (art. 44 i 45 układu). Wolność zakładania przedsiębiorstw na gruncie traktatu rozumiana jest jako prawo do podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej na zasadzie samozatrudnienia i do tworzenia lub kierowania przedsiębiorstwami, które efektywnie kontrolują (w odniesieniu do obywateli) oraz jako prawo do podejmowania

[9] DzU nr 17, poz.88.

[10] DzU nr 41, poz. 325.

[11] Tekst jednolity: DzU z 1997 r. nr 26, poz. 143, zm.: DzU z 1998 r. nr 160, poz. 1063 – dalej jako uoszuz.

[12] Ustawa z 29 marca 1996 r. o zmianie ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym oraz o zmianie niektórych ustaw, DzU nr 45, poz.199

[13] DzU z 1994 r., nr 11, poz. 38.

i prowadzenia działalności gospodarczej w drodze zakładania i zarządzania podmiotami zależnymi, oddziałami i przedstawicielstwami (w odniesieniu do spółek).

Jednym z następstw obowiązywania układu jest ograniczenie zastosowania ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym, ustawy o działalności ubezpieczeniowej czy prawa lotniczego, czyli tych wszystkich aktów prawnych, których konsekwencją jest wprowadzenie odrębnego reżimu prawnego dla przedsiębiorstw i obywateli Wspólnoty.

Od momentu wejścia w życie układu zaistniał spór co do skuteczności wewnętrznej układu jako źródła prawa międzynarodowego. Większość komentatorów uznawała, że postanowienia układu, które odnoszą się do swobodnego podejmowania działalności gospodarczej w Polsce przez podmioty unijne nie zawiera norm autowykonalnych, zatem ich obowiązywanie nastąpi po wprowadzeniu stosownych regulacji do prawa wewnętrznego[14]. Takie podejście spowodowało, że Polska nie wypełniała obowiązków traktatowych wynikających z postanowień układu.

Po wejściu w życie konstytucji z roku 1997 sytuacja zapewne ulegnie zmianie. Art. 241 konstytucji przewiduje, że umowy międzynarodowe ratyfikowane dotychczas przez RP na podstawie obowiązujących w czasie ich ratyfikacji przepisów konstytucyjnych i ogłoszone w Dzienniku Ustaw uznaje się za ratyfikowane za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie i stosuje się do nich przepisy art. 91 konstytucji, jeżeli z treści umowy wynika, że dotyczy ona kategorii spraw wymienionych w art. 89 konstytucji. Układ o Stowarzyszeniu jest z pewnością umową, której ratyfikacja z uwagi na art. 89 wymagałaby formy ustawy. Konsekwencją ratyfikowania umowy w formie ustawy jest zastosowanie art. 91 ust. 2 konstytucji, który przewiduje w odniesieniu do tego typu umów bezpośrednie zastosowanie w polskim porządku prawnym, a – gdy treści umowy nie można pogodzić z ustawą – pierwszeństwo stosowania dla umowy międzynarodowej.

Bardzo duże znaczenie dla sytuacji prawnej podmiotów zagranicznych ma ustawa z 24 marca 1920 roku o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców[15]. W wielu sytuacjach prowadzenie przez inwestora zagranicznego działalności na podstawie ustawy z roku 1991, czy rozporządzenia z roku 1976, będzie wymagało nabycia własności nieruchomości położonych w Polsce. Pod pojęciem nabycie nieruchomości ustawa każe rozumieć nabycie prawa własności lub prawa użytkowania wieczystego na podstawie każdego zdarzenia prawnego. Każde nabycie nieru-

---

[14] A. Szumański w: *Prawo spółek*, red. S. Włodyka, s. 615 i nast, P. Daranowski, *Zagadnienie bezpośredniej skuteczności Układu Europejskiego w krajowym systemie prawnym*, „Państwo i Prawo" 1996, nr 4-5, s. 69, E. Skrzydło-Tefelska, R. Skubisz, *Skuteczność wewnętrzna prawa międzynarodowego, Układ Europejski, a wybrane kwestie spółek z udziałem zagranicznym*, „Rejent" 1994, z. 10, s.51.

[15] Tekst jednolity: DzU z 1996 r. nr 54, poz.245, zm: DzU z 1997 r. nr 140, poz. 939, DzU z 1998 r. nr 106, poz. 668.

chomości przez cudzoziemca (z wyjątkami przewidzianymi w art. 8 ust. 1 ustawy) wymaga uzyskania zezwolenia wydawanego przez ministra spraw wewnętrznych za zgodą ministra obrony narodowej, a w przypadku nieruchomości rolnych również za zgodą ministra rolnictwa i gospodarki żywnościowej. Cudzoziemcem w rozumieniu ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców jest:

a) osoba fizyczna nie posiadająca obywatelstwa polskiego,
b) osoba prawna mająca siedzibę za granicą,
c) osoba prawna mającą siedzibę na terytorium RP, kontrolowaną bezpośrednio lub pośrednio przez osoby wymienione powyżej.

Gdy osoba prawna jest spółka handlową, wówczas za kontrolowaną będzie się uważać taką spółkę, w której osoby wymienione w punktach a) i b) posiadać będą bezpośrednio lub pośrednio 50% kapitału zakładowego spółki. Ustawa ta przewiduje odmienne kryterium kontrolowania aniżeli ustawa z roku 1991 (zob. poniżej). Jest to kryterium o charakterze tradycyjnym, oparte na powiązaniach kapitałowych. Ustawodawca wyróżnia kontrolę bezpośrednią i pośrednią. Kontrola bezpośrednia przejawia się w tym, że jeden podmiot jest zależny prawnie od drugiego wskutek faktu, że temu drugiemu podmiotowi przysługuje prawo własności udziałów lub akcji stanowiących co najmniej 50% kapitału zakładowego lub akcyjnego spółki. W ustawie nie sprecyzowano, co należy rozumieć pod pojęciem „pośredniego posiadania co najmniej 50% kapitału zakładowego". Przyjąć jednak można, że podmiot będzie zależny pośrednio od drugiego (krajowego) posiadającego 50% kapitału zakładowego, przy czym ten drugi kontrolowany będzie przez podmioty zagraniczne, które będą posiadały bezpośrednio 50% kapitału zakładowego[16]. Zmiana ustawy z roku 1996 wprowadziła konieczność uzyskania zezwolenia także na nabycie lub objęcie przez cudzoziemca udziałów lub akcji w spółce handlowej z siedzibą na terytorium RP, będącej właścicielem lub wieczystym użytkownikiem nieruchomości, jeśli w wyniku nabycia lub objęcia udziałów lub akcji spółka stanie się spółką kontrolowaną albo spółka jest spółką kontrolowaną, a udziały lub akcje nabywa cudzoziemiec nie będący udziałowcem lub akcjonariuszem spółki. Wymóg uzyskiwania zezwolenia nie dotyczy sytuacji, gdy akcje spółki dopuszczone są do publicznego obrotu papierami wartościowymi[17].

Poza wymienionymi aktami szczególne przepisy dotyczące spółek z udziałem zagranicznym zawarte są w ustawach: prawo bankowe[18], o działalności

---

[16] B. Ptak, *Ustawa o spółkach z udziałem zagranicznym. Komentarz*, Kraków 1997 ss. 115--117.

[17] Zob. B. Popowska, *Wybrane zagadnienia ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców w Polsce w świetle Układu Europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie między Wspólnotami Europejskimi a Polską*, RPEiS 1996, z. 4.

[18] Ustawa z 29 VIII 1997 r. DzU nr 140, poz. 939 z późn. zm.

ubezpieczeniowej[19], o radiofonii i telewizji[20], o kulturze fizycznej[21] oraz w ustawie o grach losowych i zakładach wzajemnych[22].

2. Szczególne cechy regulacji działalności gospodarczej z udziałem podmiotów zagranicznych

2.1. Pojęcie podmiotu zagranicznego na gruncie kolejnych ustaw regulujących działalność spółek z udziałem zagranicznym w zasadzie nie ulegało zmianom. Podmiotami zagranicznymi (art. 3 ustawy) są osoby prawne mające siedzibę za granicą, osoby fizyczne mające miejsce zamieszkania za granicą oraz nie posiadające osobowości prawnej spółki tych osób utworzone zgodnie z ustawodawstwem państw obcych. O zagranicznym charakterze spółki świadczy miejsce zamieszkania lub siedziby podmiotu (oceniane zgodnie z k.c.) Nie ma znaczenia obywatelstwo oraz ustalenie prawa, pod którego rządami podmiot został utworzony. Polskie prawo nie przewiduje ograniczeń w kręgu podmiotów, które pragną inwestować w Polsce, co więcej, nadaje status podmiotu zagranicznego nie posiadającym osobowości prawnej spółkom osobowym prawa obcego.

2.2. Wszystkie wymienione ustawy regulujące sytuację spółek z udziałem zagranicznym przewidywały, że podmioty zagraniczne mogą prowadzić działalność wyłącznie w formie spółki akcyjnej i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. To zawężenie katalogu form prawnych od początku budziło wątpliwości, gdyż jak, się wydaje, nie ma większych przeciwwskazań co do prowadzenia przez cudzoziemców działalności także w innych formach prawnych – spółki jawnej czy komandytowej[23]. Regulacja ta ulega istotnej modyfikacji wobec faktu obowiązywania układu stowarzyszeniowego, który przewiduje w art. 44 ust. 1 pkt i układu, że Polska zapewni w odniesieniu do zakładania przedsiębiorstw przez przedsiębiorstwa i obywateli Wspólnoty traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie własnych obywateli i przedsiębiorstw zgodnie z uzgodnionym w traktacie harmonogramem, który przewiduje zasadę standardu krajowego dla przedsiębiorstw obywateli UE, którzy prowadzą działalność w Polsce.

Przyjąć należy, iż konsekwencją art. 44 ust 1 pkt i będzie umożliwienie podmiotom pochodzącym z Unii prowadzenia przedsiębiorstw także w formie spółek osobowych.

---

[19] Ustawa z 28 VII 1990 r. test jedn. DzU. z 1996 nr 11, poz. 62 z późn zm.

[20] Ustawa z 29 XII 1992 r. DzU z 1993 r. nr 7, poz.34 z późn. zm.

[21] Ustawa z 18 I 1996 r. DzU nr 25, poz. 113 z późn. zm.

[22] Ustawa z 29 VI 1992 r. DzU nr 68, poz. 341 z późn. zm.

[23] J. R a j s k i, *Nowa ustawa o spółkach z udziałem zagranicznym*, „Państwo i Prawo" 1991, z. 10, s. 27.

Angażowanie kapitału zagranicznego może poza tworzeniem nowych spółek przybierać postać obejmowania albo nabywania udziałów lub akcji w spółkach prowadzących taką działalność.

2.3. Zarówno ustawa z roku 1986, jak i ustawa z roku 1988 przewidywały, że inwestor zagraniczny musi posiadać polskiego wspólnika. Ustawa z 1986 roku w znacznym stopniu ograniczała krąg potencjalnych polskich wspólników (art. 3) do przedsiębiorstw państwowych, spółdzielni i ich związków, posiadających osobowość prawną instytucji naukowych i jednostek badawczo-rozwojowych posiadających osobowość prawną oraz spółek handlowych, w których skarb państwa lub wymienione osoby mają udziały wynoszące ponad 50% kapitału zakładowego. Ustawa z roku 1988 przewidywała, że wspólnikami polskimi mogły być: skarb państwa i państwowe osoby prawne z siedzibą w Polsce oraz osoby fizyczne mające miejsce zamieszkania w Polsce. Obecnie obowiązująca ustawa nie stawia wymogu współpracy podmiotów zagranicznych z podmiotami polskimi. Osoby zagraniczne mogą samodzielnie tworzyć spółki z udziałem zagranicznym.

2.4. Podmiotami zagranicznymi w świetle art. 6 ustawy z roku 1991 (określającego czynności wymagające uzyskania zezwolenia) są również podmioty z siedzibą na terytorium RP, zależne od podmiotów zagranicznych. Podmioty polskie mogą być bezpośrednio lub pośrednio uzależnione od podmiotu zagranicznego. Z pierwszym typem zależności mamy do czynienia, gdy podmiot zagraniczny posiada bezpośrednio większość głosów w zgromadzeniu wspólników (akcjonariuszy) także na podstawie porozumień z innymi wspólnikami (akcjonariuszami) oraz gdy podmiot ten jest uprawniony do powoływania albo odwoływania większości członków organów zarządzających osoby prawnej. Przytoczone dwie sytuacje zależności bezpośredniej łączą się z zależnością prawną, która wynika z przyznanych stronie uprawnień. W wypadku zależności pośredniej możność wpływu na decyzje lub obsadę organów zarządzających wynika nie z faktu posiadania pewnych uprawnień, lecz z faktycznej zależności niektórych wspólników od podmiotu zagranicznego, co mogłoby spowodować sytuację, w której podmiot zagraniczny miałby zapewnioną większą liczbę głosów. Trzeba podkreślić, że kryteria pośredniej zależności są nieostre i w praktyce trudno będzie niejednokrotnie wykazać faktyczną zależność wspólnika od podmiotu zagranicznego.

Zależność pośrednia jest również zależnością prawną, jeśli wynika z postanowień spółki albo z umów zawartych między wspólnikami. Z zależnością prawną mamy do czynienia w sytuacji, gdy podmiot zagraniczny tworzy na podstawie obowiązującej ustawy spółkę z udziałem zagranicznym, ta zaś jako podmiot prawa polskiego zakłada w Polsce kolejne spółki (także osobowe) do prowadzenia działalności w tych dziedzinach, w których konieczne jest uzyskiwanie

zezwoleń[24]. Definicja podmiotu zależnego nie kładzie nacisku na powiązanie kapitałowe przedsiębiorstw (tak jak ustawa o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców), lecz przede wszystkim na kryterium kontroli, tzn. na to, kto posiada większość głosów w zgromadzeniu wspólników lub ma wpływ na decyzje podejmowane przez organy zarządzające (zarząd, radę nadzorczą) spółki[25].

Z definicją podmiotu zależnego spotykamy się również w ustawie z 22 marca1991 roku – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych[26]. Nie różni się ona od definicji zawartej w ustawie o spółkach z udziałem zagranicznym. Ustawa z 29 września 1994 roku o rachunkowości posługuje się z kolei terminem „podmiot dominujący". W tej ustawie wprowadzono inne kryterium świadczące o zależności podmiotu od jednostki dominującej – jest to uprawnienie jednostki dominującej do podejmowania decyzji o polityce finansowej i bieżącej działalności jednostki zależnej na podstawie ustawy statutu lub umowy[27]. Jak widać brak jest w naszym ustawodawstwie kompleksowej regulacji dotyczącej zależności, powiązań kapitałowych i wynikających z nich skutków.

2.5. Zarówno ustawa z roku 1986 jak i ustawa z roku 1988 bardzo ograniczały swobodę w podejmowaniu i prowadzeniu przez osoby zagraniczne działalności gospodarczej. Każde utworzenie spółki wymagało na gruncie tych ustaw zezwolenia organów administracji, a uzyskanie zezwolenia uzależnione było od przydatności określonego rodzaju działalności dla gospodarki narodowej, w szczególności zaś od oceny, czy działalność podmiotu zagranicznego zapewniać będzie wdrożenie nowoczesnych rozwiązań technologicznych i organizacyjnych, dostawę towarów i usług na eksport, poprawę zaopatrzenia rynku wewnętrznego w towary i usługi nowoczesne oraz wysokiej jakości (ustawa z roku 1986) oraz ochronę środowiska naturalnego (kryterium dodane ustawą z roku 1988). Ustawa z roku 1986 podawała również dziedziny, w których prowadzenie działalności gospodarczej nie było możliwe, np. w przemyśle obronnym, lotniczym, kolejowym czy działalności wydawniczej. Decyzja odmowna co do zasady nie wymagała uzasadnienia faktycznego i nie mogła być zaskarżona do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Ustawa z roku 1991 znacznie ułatwiła dostęp podmiotów zagranicznych do rynku polskiego. Akt ten zasadniczo nie przewidywał konieczności uzyskiwania zgody organów administracji na prowadzenie działalności gospodarczej, zatem wprowadzał swobodę zakładania i prowadzenia przedsiębiorstw w Polsce. Wyjątki od tej reguły, tzn. te wszystkie sytuacje, które

---

[24] B. P t a k , *op.cit.*, s. 199.

[25] Por. A. S z u m a ń s k i, *Zależność spółki kapitałowej prawa polskiego od podmiotu zagranicznego*, „Monitor Prawniczy" 1996, nr 6, ss. 199-200.

[26] Tekst jednolity: DzU z 1994 r. nr 58, poz. 239 z późn. zm.

[27] Art. 3 ust 1 pkt 4b, DzU nr 121, poz. 591.

wymagały uzyskania zezwolenia zostały w ustawie enumeratywnie podane, co ograniczyło możność odmowy wydania zezwolenia przez stosowne organy. Ustawa przewidywała w pewnych okolicznościach konieczność uzyskania zezwolenia jeszcze przed podjęciem działalności gospodarczej – zezwolenia wstępne lub w trakcie funkcjonowania przedsiębiorstwa – zezwolenia następcze. Uzyskanie zezwolenia wstępnego było konieczne bądź z uwagi na przedmiot działalności – zezwolenia wstępne przedmiotowe, bądź z uwagi na podmiot, który miał zostać wspólnikiem spółki[28]. Zezwolenia wstępne były wymagane, jeśli przedmiot działalności przedsiębiorstwa obejmować miał co najmniej jedną z następujących dziedzin: zarządzanie portami morskimi i lotniczymi, działalność w zakresie pośrednictwa i obrotu nieruchomościami, przemysł obronny nie objęty koncesjonowaniem, handel hurtowy importowanymi towarami konsumpcyjnymi oraz świadczenie pomocy prawnej. Ustawa ta w swej pierwotnej postaci przewidywała konieczność uzyskania zezwolenia przez każdą państwową osobę prawną, która chciała wnieść do spółki wkład niepieniężny na pokrycie udziałów lub akcji w postaci przedsiębiorstwa, nieruchomości lub części przedsiębiorstwa zdolnej do realizacji określonych zadań gospodarczych[29]. Wymóg ten nie dotyczył nabywania udziałów w spółkach polskich (także tych, w których skarb państwa był jedynym udziałowcem lub akcjonariuszem). Nowela z roku 1996 uchyliła art. 4 ustawy i tym samym zniosła konieczność uzyskiwania zezwoleń wstępnych przedmiotowych, oczywiście o ile przepisy szczególne nie wprowadzają konieczności uzyskiwania zezwoleń w stosunku do podmiotów zagranicznych. Zezwolenia następcze określone w art. 6 trzeba było uzyskać w sytuacji, gdy podmiot zagraniczny podjąć miał czynności polegające na:

a) rozszerzeniu przez spółkę przedmiotu przedsiębiorstwa na jedną z dziedzin wymagających uzyskania zezwolenia wstępnego przedmiotowego;
b) nabyciu lub objęciu udziałów lub akcji przez podmiot zagraniczny w istniejącej spółce z siedzibą na terytorium RP jeśli ta spółka prowadzi działalność w dziedzinach wymagających wydania zezwolenia wstępnego lub koncesji na podjęcie działalności;
c) objęciu przez państwową osobę prawną udziałów lub akcji w spółce z udziałem zagranicznym, jeśli jej wkład ma być pokryty przedsiębiorstwem, nieruchomością lub częścią przedsiębiorstwa;
d) zawarcie umowy o używanie mienia państwowej osoby prawnej w postaci przedsiębiorstwa, jego zorganizowanej części lub nieruchomości na okres ponad 6 miesięcy oraz umowy, której skutkiem byłoby nabycie tego mienia.

[28] M. K ę p i ń s k i, *Spółki z udziałem zagranicznym w Polsce*, „RPEiS" 1991, z. 4, s.10.
[29] Art. 4 ust.1 pkt 2 ustawy z 1991 r.

Zezwolenia następcze zostały ograniczone przez zmianę ustawy z roku 1996 jedynie do czynności określonych w punkcie c) i d). Obecnie obowiązek uzyskania zezwolenia obciąża jedynie wspólnika polskiego (państwową osobę prawną), a nie podmiot zagraniczny jak w poprzedniej ustawie[30]. Można zatem stwierdzić, że konieczność uzyskiwania zezwoleń na dokonywanie pewnych czynności została ograniczona do tych sytuacji, w których państwowa osoba prawna dysponuje majątkiem państwowym. Majątkiem tym są składniki określone w art.1 ust.1pkt 2a ustawy z roku 1991: przedsiębiorstwo, część przedsiębiorstwa oraz nieruchomość. Nowela ograniczyła obowiązek uzyskiwania zezwoleń wydawanych przez właściwe organy administracji państwowej na podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej. Zarówno ustawa z roku 1986, jak i z roku 1988 przewidywały konieczność uzyskiwania zezwoleń wstępnych i następczych w wielu wypadkach, bardzo ogólnie i szeroko ujmowały te czynności, które podlegały reglamentacji. Ustawa z roku 1991 wprowadziła zasadę swobody podejmowania działalności przez podmioty zagraniczne z wyjątkiem tych sytuacji, które określone były w ustawie, a nowelizacja z roku 1996 zniosła co do zasady konieczność uzyskiwania zezwoleń wstępnych[31] i utrzymała jedynie dwie wskazane sytuacje, w których konieczne jest uzyskanie zgody na dokonanie czynności i to nie ze strony podmiotu zagranicznego, lecz polskiego wspólnika, jeśli przedmiotem tych czynności byłoby rozporządzenie mieniem państwowej osoby prawnej.

W kolejnych ustawach regulujących sytuację spółek różnie określane były przesłanki, które powodowały odmowę wydania zezwolenia. Ustawa z roku 1986 przewidywała, że minister handlu zagranicznego może odmówić wydania zezwolenia jeśli prowadzenie działalności gospodarczej nie byłoby celowe ze względu na ważny interes społeczny lub gospodarki narodowej oraz bezpieczeństwo państwa i ochronę tajemnicy państwowej. Ustawa z roku 1988 usunęła kryterium interesu społecznego, za to przewidywała możliwość odmowy wydania zezwolenia ze względu na wymogi ochrony środowiska. Obecna ustawa stanowi, że minister skarbu państwa odmawia wydania zezwolenia, jeśli czynności podejmowane przez podmiot zagraniczny zagrażałyby interesom gospodarczym państwa, bezpieczeństwu i obronności państwa lub ochronie tajemnicy państwowej. Na gruncie poprzednich ustaw decyzje odmowne nie wymagały uzasadnienia faktycznego i nie mogły być zaskarżone. Obecna ustawa nie wymaga uza-

[30] Zob. A. Szumański, *Zasada równouprawnienia inwestorów krajowych i zagranicznych – nowelizacja ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym*, „Monitor Prawniczy" 1996, nr 9, s. 311.

[31] Wyjątkiem jest zmiana wprowadzona nowelą z 29 III 1996 r. do ustawy z 31 V 1962 r. – Prawo lotnicze, która przewiduje konieczność uzyskania zezwolenia ministra transportu i gospodarki morskiej na nabycie lub objęcie przez podmiot zagraniczny udziałów (akcji) w polskich spółkach prowadzących działalność w zakresie transportu lotniczego.

sadnienia faktycznego, jeśli odmowa została uzasadniona zagrożeniem bezpieczeństwa i obronności państwa lub ochroną tajemnicy państwowej. Ustawodawca posługuje się w tym przypadku terminami niedookreślonymi, pozostawiając organom administracji prawo do oceny, czy czynność spółki nie zagraża interesom państwa. Jednak organy administracji nie działają na podstawie swobodnego uznania, gdyż wówczas decyzja co do odmowy wydania zezwolenia zależałaby od woli organu, a w wypadku wskazanym w ustawie organ jest zmuszony do wydania decyzji odmownej, gdy zachodzą określone przesłanki. Wtedy w wypadku zaskarżenia decyzji sąd ma prawo do kontroli prawidłowości ustalenia stanu faktycznego oraz jego oceny przez organ[32].

2.6. Należy podkreślić, że znacznemu uproszczeniu uległa procedura wydawania zezwoleń. Minimalna treść wniosku podlegała zmianom w kolejnych ustawach. Regulacja z roku 1991 odeszła od wymogu przedkładania we wniosku kosztownej oceny ekonomiczno-finansowej spółki. Obecnie wniosek o wydanie zezwolenia na dokonanie czynności, której przedmiotem jest oddanie w używanie mienia państwowej osoby prawnej, powinien określać: strony umowy, przedmiot oraz wartość przedmiotu umowy. Jest on znacznie uproszczony, nawet w stosunku do pierwotnej wersji ustawy z roku 1991. W pozostałych wypadkach wniosek powinien określać: osoby wspólników, firmę i siedzibę spółki, przedmiot przedsiębiorstwa spółki, rodzaj i wartość wkładów na pokrycie kapitału zakładowego oraz liczbę, rodzaj i wartość udziałów lub akcji obejmowanych za wkład. Do wniosku należy dołączyć również projekt aktu założycielskiego i statutu lub umowy spółki albo statut lub umowę spółki. Minister skarbu może zażądać od wnioskodawców przedłożenia dokumentów przedstawiających sytuację finansową stron oraz opinii dotyczącej wnioskodawców, spółki lub przedmiotu umowy sporządzonej przez biegłych. Uregulowanie z roku 1988 przewidywało, że zezwolenia przewidziane w tym akcie będą wydawane przez ministra współpracy gospodarczej z zagranicą w porozumieniu z ministrem finansów oraz innymi właściwymi z mocy przepisów odrębnych organami. Na mocy ustawy z roku 1988 utworzona została Agencja do Spraw Inwestycji Zagranicznych. Prezes tej Agencji był centralnym organem administracji państwowej w sprawach inwestycji zagranicznych odpowiedzialnym za politykę prowadzoną w stosunku do kapitału zagranicznego. Do tego organu należało wydawanie zezwoleń na prowadzenie działalności przez podmioty zagraniczne. Ustawa ta ograniczyła krąg organów zaangażowanych w wydawanie decyzji. Inne jeszcze rozwiązanie wprowadziła ustawa z roku 1991 – zniesiono urząd prezesa Agencji do Spraw Inwestycji Zagranicznych oraz samą Agencję, przekazując kompetencje prezesa Agencji Ministrowi Przekształceń Własnościowych. Na mocy tejże

[32] Orzeczenie NSA z 1 IV 1996 r. (IISA 465/95), „Prawo Gospodarcze" 1997, nr 8, ss. 46-49.

ustawy minister przekształceń własnościowych wraz z ministrem współpracy gospodarczej z zagranicą utworzyli w imieniu skarbu państwa Państwową Agencję Inwestycji Zagranicznych w Polsce w formie jednoosobowej spółki akcyjnej, której celem było organizowanie oraz inspirowanie przedsięwzięć powodujących napływ kapitału zagranicznego do Polski.

W niektórych sytuacjach – przy nabywaniu lub obejmowaniu udziałów przez inwestora zagranicznego w spółkach polskich prowadzących już taką działalność – ustawa przewidywała, że zezwolenie wydawać będzie minister wydający w tej materii koncesję (art. 5 ustawy z roku 1991). Ostatnia nowelizacja uchyliła art. 5, co spowodowało, że organem wydającym zezwolenia został wyłącznie minister przekształceń własnościowych, a po reformie centrum administracji rządowej – minister skarbu państwa.

2.7. Ochrona podmiotów zagranicznych zapewniona została w art. 22 ustawy z roku 1991. Regulacja ta jest zbliżona do tej, która istniała pod rządami ustawy z roku 1988. W art. 22 zapewnia się inwestorom zagranicznym wypłatę odszkodowania do wysokości przypadającej im części majątku spółki w celu naprawienia szkody poniesionej w wyniku aktów o wywłaszczeniu lub zastosowaniu innych środków wywołujących skutki równoznaczne z wywłaszczeniem. W literaturze przyjmuje się, że są to wszelkie arbitralne akty organów państwowych, których rezultatem będzie nieosiągnięcie zamierzonego celu gospodarczego bądź utrata praw do wniesienia kapitału oraz praw wynikających z uczestnictwa w spółce[33]. Regulacja ta nie obejmuje tych sytuacji, w których szkoda okaże się rezultatem takich zdarzeń jak wojna, czy rozruchy wewnętrzne. Na podstawie art. 22 ust. 3 ustawy każdy podmiot zagraniczny ma prawo do wystąpienia z wnioskiem do ministra finansów o udzielenie gwarancji wypłaty odszkodowania. Udzielenie tej gwarancji jest czynnością obligatoryjną, gdyż nie zostały podane przesłanki odmowy udzielenia takiej gwarancji. Gwarancja ta i wynikające z niej zobowiązanie gwarancyjne oraz pierwotna odpowiedzialność odszkodowawcza powodują, że umowa ta ma funkcję ekonomiczną zbliżoną do umowy ubezpieczenia[34]. Kwota gwarancji jest równa wysokości odszkodowania. Zgodnie z art. 22 ust. 4 skarb państwa po wypłacie odszkodowania uzyskuje roszczenie zwrotne, obejmujące pełną wysokość gwarancji wypłaty odszkodowania. Poza ochroną podmiotów zagranicznych wynikającą z ustawy prawa inwestorów zagranicznych chronią postanowienia umów międzynarodowych zawartych przez Polskę z innymi państwami w sprawie popierania i ochrony wzajemnej inwestycji.

Zabezpieczeniu interesów podmiotów zagranicznych służy możliwość swobodnego transferu za granicę odszkodowania, które uzyskał podmiot zagra-

[33] M. K ę p i ń s k i, *op.cit.* s. 25.
[34] J. R a j s k i, *op.cit.* s. 30.

niczny od skarbu państwa z racji udzielonej gwarancji. Jest to rozwiązanie wprowadzone ustawą z roku 1991, a nieznane wcześniejszym regulacjom. Znacznym zmianom poddawane było uregulowanie dotyczące transferu dochodów spółek. Ustawy z lat 1986 i 1988 uzależniały wysokość kwoty, które można było wywieźć za granicę, od zysków spółki, które stanowić miały nadwyżki wpływów z eksportu nad wydatkami na import. Ustawa z roku 1991 wprowadziła możliwość pełnego transferu wszelkich kwot związanych z uczestnictwem w spółce. Zgodnie z art. 26 podmiot zagraniczny ma prawo do zakupienia waluty obcej w banku upoważnionym do jej skupu i przekazania za granicę bez konieczności uzyskiwania odrębnego zezwolenia dewizowego, jeśli kwoty te:

- uzyskane zostały z tytułu uczestnictwa w zysku spółki na podstawie zaświadczenia wydanego przez spółkę, po zatwierdzeniu sprawozdania finansowego spółki;
- uzyskane są ze sprzedaży albo umorzenia udziałów albo akcji spółki;
- pochodzą z likwidacji spółki;
- stanowią odszkodowanie, o którym mowa była powyżej.

Obecny stan prawny różni się od poprzedniego tym, że możliwe jest również przekazywanie zysków z różnych rodzajów działalności gospodarczej, nie tylko eksportowej, prowadzonej na terenie Polski.

2.8. Kwestie dotyczące gromadzenia kapitału założycielskiego zostały uregulowane w ustawach dotyczących działalności podmiotów zagranicznych w sposób odmienny w stosunku do kodeksu handlowego. Zarówno ustawa z roku 1986, jak i z roku 1988 przewidywały progi kapitałowe. Na gruncie pierwszej udział podmiotu zagranicznego w kapitale zakładowym nie mógł przekraczać 49% kapitału spółki, druga ustawa przewidywała konieczność pokrycia przynajmniej 20% kapitału zakładowego przez podmiot zagraniczny, przy czym wartość wkładów podmiotu zagranicznego nie mogła być mniejsza od 50000 USD. Obecna ustawa zniosła niekorzystne dla podmiotów zagranicznych progi kapitałowe, przy czym pozostawiono uregulowania dotyczące źródła pochodzenia wkładów wnoszonych przez podmiot zagraniczny. Wkłady wnoszone do spółki przez te podmioty mogą mieć charakter pieniężny lub niepieniężny.

Wkłady pieniężne mogą być wniesione w walucie zgromadzonej na rachunku zagranicznym wolnym lub w walucie wymienialnej przekazanej z zagranicy za pośrednictwem banku zagranicznego lub w walucie polskiej pochodzącej ze sprzedaży walut wymienialnych w banku upoważnionym do skupu tych walut[35].

Podmiot zagraniczny może pokrywać udziały kwotami pochodzącymi z: dochodów z udziałów lub akcji albo kwot należnych podmiotowi zagranicz-

[35] Art. 10 ust. 1 uoszuz (skreślony ustawą Prawo dewizowe z dnia 18.12.1998 r. DzU nr 160, poz. 1063).

nemu jako wspólnikowi z podziału majątku w wyniku likwidacji spółki po zaspokojeniu lub zabezpieczeniu wierzycieli[36]. Z tego wynika, że na nowe inwestycje podmiot może przekazywać środki wypłacone mu przez spółkę.

Wkłady niepieniężne do spółki mogą być wnoszone pod warunkiem przekazania przedmiotu wkładu niepieniężnego z zagranicy lub nabycia przedmiotu wkładu niepieniężnego od krajowej osoby fizycznej lub prawnej za waluty określone powyżej lub z tytułu dziedziczenia[37]. Wprowadzone zostały dwa mechanizmy angażowania wkładów niepieniężnych przez podmiot zagraniczny – mechanizm bezpośredni i pośredni. Mechanizm bezpośredni opiera się na zagranicznym pochodzeniu aportu. W tej sytuacji konieczne będzie wykazanie, że przedmiot wkładu ma pochodzenie zagraniczne, co nie będzie problemem w odniesieniu do tych przedmiotów, które podlegały odprawie celnej, gdyż dokumenty odprawy celnej będą dowodem na „zagraniczne" pochodzenie wkładu. Nie będzie zaś rzeczą prostą udowodnienie pochodzenia *know-how*, patentów czy innych dóbr niematerialnych. Mechanizm pośredni polega na możliwości wnoszenia do spółki przedmiotów lub praw nabytych przez podmiot zagraniczny od krajowej osoby fizycznej lub prawnej.

Poprzednie ustawy regulowały również kwestie związane z wkładami podmiotów polskich. Wspólnicy polscy mogli wnosić wkłady w formie pieniężnej (w złotych oraz w walucie obcej) i niepieniężnej. Przedmiotem wkładów niepieniężnych (na gruncie ustawy z roku 1991) są środki trwałe będące w dyspozycji wspólników polskich, inne rzeczy oraz prawa. Nieruchomości mogły być wniesione na pokrycie wkładu po uzyskaniu zezwolenia właściwego organu administracji wyłącznie w formie użytkowania. Obie ustawy przewidywały weryfikację wartości wkładów przez niezależnych ekspertów, jeśli z żądaniem takim wystąpił organ wydający zezwolenie. Za wkłady do kapitału założycielskiego spółki wydawać można było wyłącznie dokumenty imienne. Ustawy te przewidywały znaczne ograniczenia w zbywalności praw wynikających z uczestnictwa w spółce.

3. Uwagi końcowe

Obserwując modyfikacje w sytuacji prawnej podmiotów zagranicznych, dostrzegamy, iż pierwotnie ich celem było przyciągnięcie kapitału obcego i dopuszczenie go do prowadzenia działalności pod ścisłą kontrolą organów państwowych. Z czasem rozciągnięto na działalność gospodarczą tych podmiotów zasadę wolności gospodarczej – z pewnymi ograniczeniami wszakże – a obecnie stopniowej

[36] Art. 10 ust. 2 uoszuz

[37] Art. 10 ust. 1 pkt 2 uoszuz.

likwidacji ulegają te regulacje, które utrzymywały dualizm reżimów prawnych podmiotów krajowych i zagranicznych. Sądzić należy, że z czasem dojdzie do pełnego zrealizowania zasady asymilacji podmiotów zagranicznych.

W obcych systemach prawnych zasada ta nie jest realizowana w czystej postaci. Dlatego funkcjonujące w pewnych sferach działalności gospodarczej podmiotów zagranicznych ograniczenia, które pozostawiają państwu możliwość kontrolowania działalności przedsiębiorstw zagranicznych w dziedzinach gospodarki szczególnie istotnych dla państwa, uznać należy za zjawisko naturalne, występujące także w ustawodawstwach innych państw o gospodarce rynkowej.

Wraz ze stopniowym znoszeniem różnic w sytuacji prawnej podmiotów krajowych i zagranicznych nie ma uzasadnienia dla dalszego utrzymywania dualizmu regulacji prawnej. Dlatego można postulować włączenie problematyki objętej ustawą o spółkach z udziałem zagranicznym do ustawy o działalności gospodarczej, która będzie wówczas podstawową regulacją dla wszystkich działających w Polsce przedsiębiorców.

Agnieszka Sobiech

Business Engagement by Foreign Entities

Abstract

The paper presents the evolution of regulations governing the conduct of business by foreign entities. In the 1970s and 1980s, such entities operated exclusively on a license basis. This highly restrictive legal system was largely liberalized in the Foreign Entities Act of 1991, which introduced the principle of economic freedom, and in 1996 amendments to that Act. To date, certain restrictions apply to foreign entities starting and conducting business. Some of them apply to forms of organization and the need to obtain permits for certain acts. Restrictions of this kind are natural as nowhere in the world are foreign entities fully assimilated.